

VERENA BRANDT

Das englische
Disclosure-Verfahren

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

332

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

332

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann



Verena Brandt

Das englische *Disclosure*-Verfahren

Ein Modell für Zugang zu Information und Beweis
im deutschen Zivilprozess?

Mohr Siebeck

Verena Brandt, geboren 1978; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Regensburg; Referendariat am OLG Celle; Forschungssemester an der Universität Oxford; Studium (Master of Law) an der Universität Cambridge; Wissenschaftliche Assistentin am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht; Notarassessorin in Hamburg; 2012 Promotion; seit 2012 Notarin in Hamburg.

e-ISBN PDF 978-3-16-152793-7

ISBN 978-3-16-152512-4

ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2015 Mohr Siebeck, Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2012 von der Juristischen Fakultät der Universität Regensburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis April 2014 berücksichtigt.

Meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Peter Gottwald, der die Arbeit angeregt hat, danke ich von Herzen für seine vielfältige Förderung. Er hat mir wertvolle Hinweise und Denkanstöße gegeben. Herrn Professor Dr. Herbert Roth bin ich für die sehr rasche und freundliche Zweitbegutachtung dankbar. Herr Professor Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann hat mich während meiner Zeit am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht und viele Jahre darüber hinaus in vielerlei Hinsicht freundschaftlich bei der Fertigstellung dieses Projekts unterstützt. Dafür gebührt ihm mein herzlichster und aufrichtigster Dank. Den Direktoren des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. Jürgen Basedow, LL.M. (Harvard), Herrn Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M. (Univ. of Michigan) sowie Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann, bin ich für die Aufnahme dieser Arbeit in die Schriftenreihe „Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht“ sehr verbunden. Danken möchte ich auch meinen ehemaligen Kollegen am Max-Planck-Institut für viele anregende Gespräche, insbesondere meinen Freunden Herrn Dr. Walter Doralt und Frau Dr. Birke Häcker, M.A. (Oxford).

Besonders prägend für die Erstellung dieser Arbeit war mein Forschungssemester an der University of Oxford, mein Master-Studium an der University of Cambridge sowie meine anschließende Tätigkeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Max-Planck-Institut. Während meiner Zeit in England haben mir insbesondere Professor Adrian Zuckerman (Oxford) und Professor Neil Andrews (Cambridge) hilfreiche Einblicke in das englische Zivilprozessrecht gewährt, wofür ich Ihnen meinen aufrichtigen Dank schulde.

Frau Maria Schweinberger, Frau Cara Warmuth, Frau Gundula Dau und Frau Ingeborg Stahl bin ich für ihre wertvollen Korrekturarbeiten sehr verbunden.

Ohne die unermüdliche und verständnisvolle Unterstützung meiner geliebten Familie wäre die berufsbegleitende Fertigstellung dieser Arbeit nicht möglich gewesen. Meinem Mann und meinen Kindern kann ich für ihre Geduld und ihren Rückhalt nicht genug danken.

Hamburg, im Dezember 2014

Verena Brandt

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis.....	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Einleitung.....	1
Teil I: Rechtslage <i>de lege lata</i>	15
Kapitel 1: Rahmenbedingungen.....	16
Kapitel 2: <i>Disclosure</i> in England.....	41
Kapitel 3: Das funktionale Äquivalent in Deutschland.....	77
Kapitel 4: Auswertung.....	130
Teil II: Rechtslage <i>de lege ferenda</i> : Regelungsbedarf in Deutschland	145
Kapitel 5: Meinungsstand in der Literatur.....	146
Kapitel 6: Defizite der deutschen Lösung? Fallbeispiele.....	156
Kapitel 7: Auswertung der Fallbeispiele am Maßstab des Rechts auf Beweis, des Grundsatzes der Waffengleichheit sowie der Stellung der Wahrheitsfindung	182
Kapitel 8: Vereinbarkeit der <i>disclosure</i> mit dem Grundsatz der Parteiherrschaft?	226
Kapitel 9: Schlussfolgerung aus Teil II.....	268

Teil III: Ausblick: Nutzbarmachung des Grundgedankens der englischen <i>disclosure</i>	275
Kapitel 10: Machbarkeit einer Anleihe	276
Kapitel 11: Modelle zur Bewältigung von Informationsdefiziten.....	314
Kapitel 12: Auswertung der Lösungsmodelle und Entwicklung eines Vorschlags anhand des Prüfungsrasters aus Teil I	341
Teil IV: Gesamtergebnis und Thesen	363
Literaturverzeichnis.....	373
Sachverzeichnis.....	391

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Einleitung.....	1
A. Skizzierung des Themas.....	1
B. Aufbau und Struktur	6
C. Methode.....	7
D. Herausforderungen und Probleme im Umgang mit der Themenstellung.....	9
I. Allgemeine Herausforderungen der Zivilprozessrechtsvergleichung	10
II. Besondere Herausforderungen der englisch-deutschen Prozessrechtsvergleichung.....	11
E. Begrenzung der Themenstellung.....	13
Teil I: Rechtslage <i>de lege lata</i>	15
<i>Kapitel 1: Rahmenbedingungen</i>	16
A. Institutionelle Rahmenbedingungen	16
I. Die Gerichte	16
II. Der Verfahrensgang	17
III. Die Verfahrensabschnitte	18
IV. Verhältnis von materiellem Recht zum Prozessrecht	21
V. Unterscheidung von Rechts- und Tatsachenfragen	21
B. Die juristischen Protagonisten.....	24
I. Der Richter.....	24
II. Der Anwalt.....	27
C. Reformen der jüngeren Vergangenheit.....	30
I. England.....	30
II. Deutschland.....	32
D. Wesentliche Grundprinzipien.....	32

E.	Allgemeines zum Zugang zu Information und Beweis	33
F.	Historische Anmerkungen	35
I.	England	35
II.	Deutschland	37
	<i>Kapitel 2: Disclosure in England</i>	41
A.	Überblick	41
I.	Allgemeines zum Beweisrecht	41
1.	Beweismaß	42
2.	Beweislastverteilung	42
3.	Tatsachenvermutungen und Rechtsvermutungen	44
4.	Beweislastumkehr	44
II.	<i>Documentary disclosure</i>	45
1.	Der Verfahrenspfad <i>fast track</i>	45
2.	Der Verfahrenspfad <i>multi-track</i>	47
3.	Disclosure auf den Verfahrenspfaden <i>fast track</i> und <i>multi-track</i>	48
a)	<i>Standard disclosure</i>	49
b)	<i>Specific disclosure</i>	51
c)	Offenlegung und Einsichtnahme	52
4.	Der Verfahrenspfad <i>small claims track</i>	53
III.	Andere Formen der <i>disclosure</i>	53
1.	<i>Information request</i>	53
2.	Augenscheinsobjekte	54
3.	Zeugenvernehmung vor dem <i>trial</i>	55
B.	Vorprozessualer Informationszugang	55
I.	<i>Pre-action protocols</i>	55
1.	Ziel	55
2.	Bisherige Anwendungsgebiete für <i>pre-action protocols</i>	56
3.	Typischer Ablauf des erwarteten frühen Informationsaustauschs	57
4.	Besonderheiten bei <i>personal injury claims</i>	59
5.	Bedeutung der <i>pre-action protocols</i> für die <i>disclosure</i>	59
6.	Erfahrungen der Praxis mit den <i>pre-action protocols</i>	60
II.	Vorprozessuale <i>disclosure</i>	61
1.	Vor Inkrafttreten der CPR	61
2.	Nach Erlass der CPR	62
III.	Verhältnis der <i>pre-action protocols</i> zur <i>pre-action disclosure</i>	64
C.	Grenzen	65
I.	Schutz von geheimhaltungsbedürftigen Interessen	65
1.	Ausgangspunkt und <i>limits of disclosure in order to protect other interests</i>	65

2.	<i>Privilege against self-incrimination</i>	67
3.	<i>Legal professional privilege</i>	68
4.	<i>Public interest immunity and protection of journalists' sources</i>	70
5.	<i>Without prejudice privilege</i>	71
II.	Verbot der <i>fishing expeditions</i>	71
D.	Sanktionen	74
E.	Kosten	74
<i>Kapitel 3: Das funktionale Äquivalent in Deutschland</i>		77
A.	Zugang zu Information und Beweis	77
I.	Grundstruktur durch die allgemeinen Regeln zum Sachvortrag	78
1.	Verteilung der Verantwortung für die Darlegung und den Beweis von Tatsachen	78
a)	Definition	78
b)	Verteilung	80
2.	Erklärungspflicht des Gegners, § 138 Abs. 2 ZPO	81
3.	Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht, § 138 Abs. 1 ZPO	82
II.	Informationszugangsrechte	83
1.	Prozessrecht	83
2.	Materielles Recht	84
3.	Bestehen einer ungeschriebenen Aufklärungs- bzw. Prozessförderungspflicht	86
a)	Die Ansicht Stürners	86
b)	Die Auffassung Peters'	87
c)	<i>Nemo tenetur</i> -Urteil 1990 des BGH	88
d)	Zwischenergebnis	90
III.	Prozessleitende Anordnungen von Amts wegen	90
IV.	Zwischenergebnis	90
V.	Entwicklung von Ausgleichsmechanismen durch Rechtsprechung und Gesetzgeber	91
1.	Materiellrechtlicher Auskunftsanspruch gem. § 242 BGB	91
a)	Grundlagen	91
b)	Anwendungsbeispiele	91
c)	Erfordernis einer Sonderverbindung	92
d)	Kritik	93
2.	Neuere materiellrechtliche Informationsansprüche	94
3.	Widerlegbare Rechts- und Tatsachenvermutungen und materielle Beweislastumkehr	95
4.	Sekundäre Darlegungslast	97

a)	Voraussetzungen und Rechtsfolge	97
b)	Fälle	98
5.	Der <i>prima facie</i> -Beweis	100
6.	Sanktionierung der Beweisvereitelung	101
7.	Sonderfall Arzthaftungsrecht	103
8.	Gefährdungshaftung	104
9.	§ 142 ZPO	105
a)	Bezugnahmeerfordernis	105
b)	Ermessen	107
c)	Nutzung der neu geschaffenen Möglichkeiten in der Praxis	109
d)	Zusammenfassung	110
10.	Zwischenergebnis	111
B.	Vorprozessualer Zugang zu Informationen	111
I.	Geltendmachen materiellrechtlicher Auskunftsansprüche	111
II.	Selbstständiges Beweisverfahren	111
III.	Vorprozessuale Korrespondenz zwischen möglichem Gläubiger und Schuldner	113
C.	Grenzen	115
I.	Schutz von geheimhaltungsbedürftigen Interessen	115
1.	Schutz vor strafrechtlicher Verfolgung	115
2.	Schutz der Vertrauenssphäre zwischen Rechtsanwalt und Mandant	116
3.	Schutz des Unternehmensgeheimnisses	117
a)	Gegenüber der Öffentlichkeit	118
b)	Gegenüber dem Prozessgegner	118
aa)	Materiellrechtliche Ebene	119
bb)	Rein prozessuale Ebene	120
cc)	Alternative Schutzmechanismen	121
II.	Verbot des Ausforschungsbeweises	124
D.	Sanktionen	127
E.	Kosten	128
	<i>Kapitel 4: Auswertung</i>	130
A.	Funktionsweise	130
I.	Zusammenfassung zum Informationszugang	130
II.	Verteilung der Darlegungs- und Beweislasten und Vermutungen	131
III.	Erklärungspflichten des Gegners	132
IV.	Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht	132
V.	Beweiswürdigung, Beweisvereitelung, <i>prima facie</i> -Beweis	133
VI.	Urkundenvorlage	133
1.	Vergleich zu England und Bewertung	134

2. Verhältnis zu den Grundsätzen über die sekundäre Darlegungslast	136
VII. Materielle rechtliche Informationsansprüche	137
1. Vergleich zur englischen Lösung	137
2. Abgrenzung zur sekundären Darlegungslast	138
B. Vorprozessualer Zugang zu Informationen	139
C. Grenzen	141
D. Sanktionen	143
E. Kosten	144

Teil II: Rechtslage *de lege ferenda*:

Regelungsbedarf in Deutschland	145
--------------------------------------	-----

Kapitel 5: Meinungsstand in der Literatur

A. Die Ansicht in der Literatur bis 1990	146
I. Vertreter einer aufklärungsfreundlicheren Auffassung	146
II. Gegner der aufklärungsfreundlicheren Auffassung	148
B. Die Meinung in der Literatur seit 1990	149
I. Zustimmung zur Entscheidung des BGH	149
II. Vertreter einer aufklärungsfreundlicheren Auffassung	151
C. Die Ansicht in der Literatur nach der ZPO-Reform des Jahres 2002	152
D. Konsequenzen für das weitere Vorgehen	153

Kapitel 6: Defizite der deutschen Lösung? Fallbeispiele

A. Erste Fallgruppe: Behebung des Informationsdefizits	156
I. Veterinärmedizinerin	156
II. HIV-kontaminierte Blutkonserven	157
III. Erfassung von Ferngesprächsdaten mittels einer Fangschaltung	158
IV. Auswertung der ersten Fallgruppe	159
B. Zweite Fallgruppe: Keine Behebung des Informationsdefizits	162
I. Anzeigenblatt	162
II. <i>Nemo tenetur</i> 1996	164
III. Lockvogel	165
IV. Auswertung durch Vergleich der 1. und der 2. Fallgruppe	166
1. Anzeigenblatt und Fangschaltung	166
2. <i>Nemo tenetur</i> 1997 und Veterinärmedizinerin	167
3. Unfallzeuge und Lockvogel	168
C. Dritte Fallgruppe: Beispiele aus dem englischen Recht	170
I. <i>Waugh v. British Railways Board</i>	170

II.	<i>Harrods Ltd. v. Times Newspapers Ltd.</i>	172
III.	Auswertung der 3. Fallgruppe	174
D.	Vierte Fallgruppe: Änderung der Rechtslage durch § 142 ZPO n. F.	176
I.	Vertrauensfrau.....	176
II.	Aufwendungen durch Vormieterin	176
III.	Einsicht in Unterlagen des streitunbeteiligten Arztes.....	176
IV.	Auswertung der 4. Fallgruppe	177
E.	Zwischenergebnis	178
	<i>Kapitel 7: Auswertung der Fallbeispiele am Maßstab des Rechts auf Beweis, des Grundsatzes der Waffengleichheit sowie der Stellung der Wahrheitsfindung</i>	182
A.	Recht auf Beweis	183
I.	England	183
II.	Deutschland.....	184
III.	Auswertung	185
B.	Grundsatz der Waffengleichheit.....	185
I.	England	186
1.	Allgemeines	186
2.	<i>Equal access to information</i>	186
II.	Deutschland.....	187
1.	Rechtsprechung.....	187
a)	Rechtsprechung des BVerfG zum Beweisrecht.....	188
b)	Ober- und höchstrichterliche Rechtsprechung.....	189
2.	Literatur	190
III.	Zwischenergebnis.....	190
C.	Wahrheitsfindung als Prozesszweck bzw. als Prozessziel?.....	191
I.	England	191
1.	Pflicht zur Prozesswahrheit.....	191
2.	Wahrheitsfindung als Ziel des Verfahrens.....	193
a)	Wahrheitsfindung ist nicht Ziel des Verfahrens	193
aa)	Pollock und Maitland	193
bb)	Lord Chancellor Viscount Simon	193
cc)	<i>Air Canada</i> -Fall: Lord Denning und Lord Wilberforce.....	194
dd)	Zwischenergebnis	194
b)	Wahrheitsfindung als Ziel des Verfahrens	195
aa)	<i>Higgins v. Higgins</i>	195
bb)	Erstinstanzlicher Richter im <i>Air Canada</i> -Fall.....	195
cc)	Lord Denning in <i>Harmony Shipping</i> und Sir Donaldson in <i>Davies v. Eli Lilly & Co.</i>	196
dd)	Jolowicz und Lord Woolf.....	196
ee)	Zuckerman	197

3.	Bedeutung des <i>overriding objective</i>	197
4.	Bedeutung des <i>disclosure</i> -Verfahrens für den Stellenwert der Wahrheitsfindung	198
5.	Zwischenergebnis	199
6.	<i>Jones v. University of Warwick</i> : Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel?	199
	a) Die Entscheidung	200
	b) Dogmatische Einordnung	201
7.	Zwischenergebnis zum Stellenwert der Wahrheitsfindung in England	201
II.	Deutschland	202
	1. Prozessmodell, Prozesszweck, Prozessmaximen und Verfahrensgrundsätze	202
	2. Die herkömmliche Prozesszweckdiskussion	204
	3. Die Stellung der Wahrheitsfindung in der Prozesszweckdiskussion	205
	a) Formeller und materieller Wahrheitsbegriff	205
	b) Exkurs: Materiale und prozedurale Verfahrensgerechtigkeit	206
	c) Auffassung von Stürner	207
	d) Ansicht des BGH	207
	e) Meinung des übrigen Schrifttums	209
	4. Die Wahrheitspflicht der Parteien	211
	5. Wandel des Prozesszwecks?	212
	6. Stellungnahme	212
	a) Zwischenergebnis Prozesszweck	212
	b) Zwischenergebnis Stellung der Wahrheitsfindung	213
	7. Das Verhältnis von Wahrheitsfindung und Persönlichkeitsrecht am Beispiel der Verwertung rechtswidrig erlangter Tatsachen und Beweismittel	216
	a) Einführung	216
	(1) Hormonpräparate	218
	(2) Fangschaltung	218
	(3) Mithören von Telefongesprächen	219
	b) Auswertung der Fälle	219
III.	Rechtsvergleichende Betrachtung	221
	1. Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel	221
	2. Unterschiedliche Wahrheitskonzepte	222
	3. Ursachen für die verschiedenen Wahrheitskonzepte	223
	4. Zwischenergebnis	224

<i>Kapitel 8: Vereinbarkeit der disclosure mit dem Grundsatz der Parteiherrschaft?</i>	226
A. Mitwirkungspflichten und der Grundsatz der Parteiherrschaft.....	227
I. Das <i>disclosure</i> -Verfahren und das <i>englische adversarial principle</i>	227
1. Die traditionelle Sichtweise	227
a) Herrschaft über Verfahren, Streitgegenstand und Tatsachen	227
b) Herrschaft über die zu berücksichtigenden Regeln	228
c) Die „emotionale“ Facette.....	229
d) <i>Sporting theory of justice</i>	229
e) Zwischenergebnis.....	230
2. Die neuere Sichtweise.....	230
a) Wahre Gerechtigkeit durch offene Informationen.....	230
b) Wahre Gerechtigkeit durch Vermeidung der Prozessverschleppung.....	231
aa) Durch frühen Informationsaustausch.....	231
bb) Durch die Stärkung der Stellung des Richters	232
cc) Durch einen funktionaleren Einsatz der <i>disclo-</i> <i>sure</i> und den Grundsatz der <i>proportionality</i>	232
dd) <i>The parties' duty to cooperate</i>	233
ee) <i>Case management</i>	234
3. Rolle der <i>barristers</i>	236
4. Grenzen	237
5. Auswertung: <i>Disclosure</i> und das <i>adversarial principle</i>	237
6. Zwischenergebnis	239
II. Mitwirkungspflichten und der deutsche Beibringungsgrundsatz	240
1. Aus traditioneller englischer Perspektive	240
2. Aus deutscher Sicht: Inhalt und Reichweite	241
3. Kritik an der Verhandlungsmaxime	243
4. Grenzen, die in der ZPO selbst angelegt sind	245
a) Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht.....	245
b) Verfahrenskonzentration.....	247
c) Materielle Prozessleitung gem. §§ 139, 141, 142, 144 ZPO	248
d) Amtswegige Beweisaufnahme	249
5. Bewertung und Zwischenergebnis.....	250
III. Rechtsvergleichende Auswertung.....	251
IV. Vereinbarkeit der <i>disclosure</i> mit dem Grundsatz der Parteiherrschaft	252

1. Veränderung der Rollenverteilung zwischen Parteien und Gericht	252
2. Verstoß gegen den <i>nemo tenetur</i> -Grundsatz	253
a) Kritische Würdigung der Herleitung aus dem ersten <i>nemo tenetur</i> -Fall des BGH	253
b) Herleitung in Anlehnung an den Schutz vor Selbstbelastung im Strafverfahren?	256
c) Zwischenergebnis	257
3. Verstoß gegen den Grundsatz der Unzulässigkeit des Ausforschungsbeweises	257
a) Erste Fallgruppe: Beweisantrag ins Blaue hinein	258
b) Zweite Fallgruppe: Fehlende Substantiiertheit	259
c) Zwischenergebnis	261
4. Veränderung der Beweislastverteilung	261
a) Beruht die Etablierung von Darlegungs- und Beweislasten auf dem Beibringungsgrundsatz?	261
b) Privatautonomer, ökonomischer und liberaler Begründungsansatz	262
c) Praktische Relevanz der dogmatischen Begründung	263
d) Stellungnahme	265
B. Zwischenergebnis	267
<i>Kapitel 9: Schlussfolgerung aus Teil II</i>	268
A. Gerechtigkeitsfunktion	268
B. Exkurs: Einige Anmerkungen zur Effizienzfunktion	271
C. Fazit	273
 Teil III: Ausblick: Nutzbarmachung des Grundgedankens der englischen <i>disclosure</i>	275
<i>Kapitel 10: Machbarkeit einer Anleihe</i>	276
A. Grundsätzliche Möglichkeit einer Anleihe im <i>common law</i>	276
I. Meinungsstand	276
II. Zwischenergebnis	279
III. <i>Discovery</i> in einer kontinental geprägten Rechtsordnung – Die japanische Erfahrung	279
1. Historische Entwicklung zwischen <i>civil law</i> und <i>common law</i>	280
2. Die Reform von 1996	281
a) Einführung eines Erkundigungsrechts der Parteien	282
b) Pflicht zur Dokumentenvorlage	283

c)	Lockerung des Subsidiaritätserfordernisses bei der Parteivernehmung.....	285
3.	Die Reform von 2003.....	285
a)	Erkundigung vor Klageerhebung	286
b)	Maßnahmen zur Beweisgewinnung vor Klageerhebung	287
c)	Dogmatische Grundlage	289
4.	Zwischenergebnis	289
IV.	Rechtskulturelle Besonderheiten in England und Deutschland.....	290
1.	Besonderheiten des englischen Rechts	291
a)	Kostenstruktur des englischen Rechts.....	291
b)	Passivere Stellung des Richters	293
2.	Besonderheiten des deutschen Rechts	294
a)	Existenz materiellrechtlicher Auskunftsansprüche.....	294
b)	Starkes Verhaftetsein in den Kategorien des materiellen Rechts und des Prozessrechts	295
c)	Der deutsche Beibringungsgrundsatz.....	296
3.	Schlussfolgerungen aus diesen Besonderheiten.....	298
B.	Gefahren, denen im Umsetzungsmodell zu begegnen ist.....	299
I.	Voraussetzungen der Aufklärungspflicht werden zu niedrig angesetzt	299
1.	Anforderungen an die Substantiierungslast	299
2.	Ausnahmen	300
II.	Überfrachtung des Prozesses mit irrelevantem Tatsachenstoff.....	301
III.	Widersprüchliche Ergebnisse gegenüber materiellrechtlichen Auskunftsansprüchen	302
IV.	Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses wird nicht gewährleistet	304
1.	Möglichkeit der Verankerung eines Geheimverfahrens	304
a)	Arten von Geheimverfahren	304
b)	Rechtlicher Ausgangspunkt	305
c)	Geheimverfahren in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten als Vorbild?	305
d)	Reichweite des Anzeigenblatt-Falls	306
e)	<i>In camera</i> -Verfahren	307
2.	Sonderproblematik im Rahmen von § 142 ZPO n.F.	308
3.	Auflösung des Konflikts und Ergebnis zum Schutz des Unternehmensgeheimnisses	309
V.	Steigerung der Prozesskosten	310
VI.	Mentalitätsbedingte Besonderheiten	311

<i>Kapitel 11: Modelle zur Bewältigung von Informationsdefiziten</i>	314
A. Umsetzungsmodelle in der Literatur	314
I. Einführung eines gesonderten Verfahrens zur Informationsbeschaffung	314
II. Einführung eines vorprozessualen Informationsbeschaffungsverfahrens	315
1. Greger.....	315
2. Gottwald	315
III. Sonstige prozessrechtliche Modelle für erweiterte Informationszugangsrechte	315
1. Gottwald	315
2. Greger.....	317
3. Zettel	317
4. Drenckhahn.....	318
IV. Materiellrechtliches Modell für erweiterte Informationszugangsrechte nach Osterloh-Konrad	319
V. Gemischte prozessrechtliche und materiellrechtliche Modelle für erweiterte Informationszugangsrechte	319
1. Lüderitz	319
2. Stürner	320
a) Die Auffassung Stürners in seiner Habilitationsschrift 1976	320
aa) Allgemeine prozessuale Aufklärungspflicht	321
bb) Vorprozessuale kostensanktionierte Informationspflicht	322
cc) Vorbereitender materiellrechtlicher Informationsanspruch.....	324
b) Die Auffassung Stürners zu verbleibenden Defiziten im Jahr 2006	325
3. Beckhaus	326
B. Der Kommissionsentwurf 1975.....	327
C. Umsetzungsmodelle des <i>Soft-law</i> und der europäischen Gesetzgebung.....	329
I. Storme-Kommission.....	329
II. <i>ALI/UNIDROIT Principles</i>	331
III. RL 2004/48/EG	333
1. Ziel und Inhalt der Richtlinie	333
2. Umsetzungsbedarf im Hinblick auf Art. 6 RL.....	334
3. Umsetzung in Deutschland.....	334
4. Gelungenheit der Umsetzung in Deutschland.....	335
IV. Weißbuch von 2008 im Kartellrecht.....	337

<i>Kapitel 12: Auswertung der Lösungsmodelle und Entwicklung eines Vorschlags anhand des Prüfungsrahmens aus Teil I</i>	341
A. Funktionsweise	341
I. Prozessrechtliche Anknüpfung	342
II. Lösung der Gerechtigkeitsfunktion.....	346
1. Grundprämisse	346
2. Disclosure-Verfahren oder allgemeine erweiterte Mitwirkungspflicht des Gegners	346
3. Vergleich der Vorschläge Gottwalds und Drenckhahns.....	348
4. Lösung anhand der parteibeherrschten Modelle	349
a) Verankerung der Regeln über die sekundäre Darlegungslast als Grundnorm	350
b) Mitwirkungspflicht des Gegners.....	351
c) Unbezifferte Klageanträge im Rahmen der Stufenklage.....	354
III. Anmerkungen zur Effizienzfunktion und zum vorprozessualen Informationsaustausch.....	355
1. Gründe für und gegen die Einführung von <i>pre-action protocols</i>	355
2. Regelungsort.....	357
3. Zulässigkeitsvoraussetzung oder kostenrechtlich sanktionierter Kodex	357
4. Voraussetzungen des vorprozessualen Informationsaustauschs	358
5. Regelungsvorschlag für Verankerung in der ZPO	359
B. Grenzen	359
I. Ausforschungsbeweis	359
II. Weigerungsrechte	359
III. Zumutbarkeitskriterium im Übrigen	360
IV. Keine fehlende Verhältnismäßigkeit.....	360
C. Sanktionen und Kosten	361
Teil IV: Gesamtergebnis und Thesen	363
A. Gesamtergebnis.....	363
B. Thesen	367
Literaturverzeichnis.....	373
Sachverzeichnis.....	391

Abkürzungsverzeichnis

a.	auch
a.A.	andere Ansicht
A.A.L.R.	The Anglo-American Law Review
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
A.C.	Law Reports, Appeal Cases
AcP	Archiv für civilistische Praxis
ADR	Alternative Dispute Resolution
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AktG	Aktiengesetz vom 6.9.1965 (BGBl. I S. 1089)
ALI	The American Law Institute
All E.R.	All England Law Reports
Alt.	Alternative
AMG	Arzneimittelgesetz in der Bekanntmachung vom 12.12.2005 (BGBl. I S. 3394)
Am.J.Comp.L.	American Journal of Comparative Law
Am.L.Rev.	American Law Review
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
Art.	Artikel
AtomG	Atomgesetz in der Bekanntmachung vom 15.7.1985 (BGBl. I S. 1565)
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht, Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
Bd.	Band
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
BRAK-Mitt	BRAK-Mitteilungen
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestags
Buff.L.Rev.	Buffalo Law Review

XXIV

Abkürzungsverzeichnis

BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CA	Court of Appeal
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
Ch.	High Court of Justice; Law Reports, Chancery Division (seit 1890)
Civ	Civil Division
C.J.Q.	Civil Justice Quarterly
C.L.J.	Cambridge Law Journal
Const.L.J.	Construction Law Journal
CPO	Civilprozeßordnung v. 30.1.1877
CPR	Civil Procedure Rules
CPRC	Civil Procedure Rules Committee
DB	Der Betrieb
DJZ	Deutsche Juristenzeitung (1.1896-41.1936)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (1.1909-27.1935; 28.1950 ff.)
DSrR	Deutsches Steuerrecht
DWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
ebd.	ebenda
ECtHR	European Court of Human Rights
EG	Europäische Gemeinschaften
E.H.R.R.	European Human Rights Reports
Einl.	Einleitung
E.I.P.R.	European Intellectual Property Review
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 4.11.1950 (BGBl 1952 II S. 685)
endg.	endgültig
et al.	et alii
EU	Europäische Union
EWCA	Court of Appeal, Civil Division (England u. Wales)
EWHC	High Court of England and Wales
f. / ff.	folgende
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. 17.12.2008 (BGBl. I S. 2586)
FG	Festgabe
FR	Final Report
FRCPC	Federal Rules of Civil Procedure
FS	Festschrift
GebrMG	Gebrauchsmustergesetz in der Bekanntmachung v. 28.8.1986 (BGBl. I S. 1455)
gem.	gemäß

GeschmacksMG	Gesetz über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen (Geschmacksmustergesetz) v. 12.3.2004 (BGBl. I S. 390)
GG	Grundgesetz
GKG	Gerichtskostengesetz v. 5.5.2004 (BGBl. I S. 718)
GPÜ	Übereinkommen über das europäische Patent für den Gemeinsamen Markt v. 15.12.1975 in der Fassung v. 21.12.1989 (BGBl. II S. 1361 ff.)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HaftPflG	Haftpflichtgesetz in der Bekanntmachung v. 4.1.1978 (BGBl. I S. 145)
HalbleiterschutzG	Gesetz über den Schutz der Topographien von mikroelektronischen Halbleitererzeugnissen v. 22.10.1987 (BGBl. I S. 2294)
Harv.L.Rev.	Harvard Law Review
Hastings Int'l & Comp. L. Rev.	Hastings International and Comparative Law Journal
HGB	Handelsgesetzbuch v. 10.5.1897 (RGBl. S. 219)
HL	House of Lords
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
I.C.L.Q.	International and Comparative Law Quarterly
insb.	insbesondere
IR	Interim Report
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
J.	Justice
JA	Juristische Arbeitsblätter
J.I.P.L.	Journal of Personal Injury Law
J.P.I.L.	Journal of Personal Injury Litigation
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
jZPG	japanisches Zivilprozessgesetz
jZPV	japanische Zivilprozessverordnung
Kap.	Kapitel
KOM	Kommissionsdokument(e)
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
L.J.	Lord Justice
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
L.Q.R.	Law Quarterly Review

L.S.	Legal Studies
LT	Law Times Reports
LuftVG	Luftverkehrsgesetz in der Bekanntmachung v. 10.5.2007 (BGBl. I S. 698)
MarkenG	Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen v. 25.10.1994 (BGBl. I S. 3082)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
M.R.	Master of the Rolls
MüKoBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MüKoZPO	Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit weiteren Nachweisen
m.w.N.	
n.F.	neue Fassung
NJ	Neue Justiz, Zeitschrift für Rechtsentwicklung und Rechtsprechung
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungs-Report
Nr.	Nummer
Nw.U.L.Rev.	Northwestern University Law Review
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	OLG-Report
öZPO	österreichische Zivilprozessordnung
PatG	Patentgesetz in der Bekanntmachung v. 16.12.1980 (BGBl. 1981 I S. 1)
PD	Practice Directions
ProdHaftG	Produkthaftungsgesetz
Q.B.	Queen's Bench Division Law Reports, Queen's Bench Division (1891–1901, seit 1952)
Q.B.D.	Queen's Bench Division of the High Court of Justice; Law Reports, Queen's Bench Division (1875–1890)
r.	rule
R.	Regina; Rex
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RG	Reichsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
R.P.C.	Reports of Patent, Design and Trade Mark Cases

RSC	Rules of the Supreme Court
RVG	Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte v. 5.5.2004 (BGBl. I S. 718, 788)
s.	section
S.	Seite
SGB	Sozialgesetzbuch
SortenschutzG	Sortenschutzgesetz in der Fassung v. 19.12.1997 (BGBl. I S. 3164)
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
TRIPs	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
Tul.L.R.	Tulane Law Review
u.a.	unter anderem
U.Chic.L.R.	University of Chicago Law Review
UmwHG	Umwelthaftungsgesetz v. 20.12.1990 (BGBl. I S. 2634)
Unif.L.Rev.	Uniform Law Review
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) v. 9.9.1965 (BGBl. I S. 1273)
US	United States (Vereinigte Staaten von Amerika)
U.S.	United States Reports
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der Bekanntmachung v. 3.3.2010 (BGBl. I S. 254)
v.	vom; versus
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
W.L.R.	Weekly Law Reports
WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organisation)
WoM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
WZG	Warenzeichengesetz
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für den Zivilprozess
ZZPInt	Zeitschrift für Zivilprozess International

Einleitung

A. Skizzierung des Themas

Der Prozess der Sachverhaltsaufklärung ist von herausragender Bedeutung für das Gerichtsverfahren. Oft sind es vor allem Tatsachenfragen und nicht Rechtsfragen, die den Kernbereich der Differenzen zwischen den Parteien ausmachen.¹ So gibt es auf der einen Seite die Geschichte des Klägers und auf der anderen Seite die des Beklagten; nicht selten sind beide so diametral entgegengesetzt, dass man sich wundern mag, ob beide Seiten wirklich über denselben Sachverhalt sprechen. Der Richter kann den Fall aus eigener Wahrnehmung nicht beurteilen. Gleichwohl ist er dazu berufen, ein Urteil in der Sache zu fällen.

Es stellt sich die Frage, wie ein Zivilverfahren sicherstellt, dass die Versionen von Kläger und Beklagtem schließlich zu einer in sich geschlossenen Sachverhaltsdarstellung verschmelzen. In diesem Zusammenhang wiederum erlangt die nächste Fragestellung Bedeutung, was eigentlich die Zielsetzung des Zivilprozesses ist: lediglich die Streitschlichtung zwischen den beteiligten Parteien oder die Ermittlung der (absoluten) Wahrheit bzw. Wirklichkeit?²

Die Fakten eines Falls werden in allen Rechtsordnungen in der mündlichen Verhandlung durch die Erhebung von Beweisen ermittelt.³ In England, wie in allen übrigen *common law*-Ländern sowie – mit Einschränkungen – in Japan, gibt es darüber hinaus noch ein zusätzliches Mittel, mit Hilfe dessen Sachverhaltsaufklärung bereits vor der mündlichen Verhandlung betrieben wird: das Verfahren der *discovery*, oder wie es in England⁴ neuerdings heißt:

¹ So auch die Einschätzung von *Lorenz*, *ZZP* 111 (1998), S. 35, 36.

² Zu dem Verhältnis von Wahrheit und Wirklichkeit s. *Greger*, *Beweis*, 1978, S. 28 ff.

³ Der Begriff der Sachverhaltsermittlung wird hier in einem weiten Sinne als Gegenbegriff zur Rechtsfindung verwendet. Der Begriff ist nicht in dem Sinne zu verstehen, dass tatsächlich eine „Ermittlung“ stattfindet. Eine solche ist jedenfalls in Deutschland dem Strafprozess sowie dem Verwaltungsprozess vorbehalten. Im Zivilprozess wird hingegen nicht ein Sachverhalt ermittelt, sondern lediglich eine Überprüfung der von den Parteien aufgestellten Behauptungen auf ihre Richtigkeit hin vorgenommen, s. *Bernhardt*, in: *FG Rosenberg*, 1949, S. 9, 25.

⁴ Der Bezug auf das englische Zivilprozessrecht schließt grundsätzlich – sofern nicht ein anderes ausdrücklich bestimmt ist – auch das Zivilprozessrecht von Wales ein, da beide Länder von denselben zivilprozessualen Regeln regiert werden.

disclosure. Dieses verlangt von den Parteien, dass sie vor der Verhandlung eine Liste mit sämtlichen relevanten Unterlagen, die sich in ihrem Einflussbereich befinden, erstellen und der anderen Seite gestatten, Einsicht in ihre jeweils aufgelistete Dokumentation zu nehmen.⁵ Darüber hinaus können beide Parteien von der jeweils anderen Seite die Gewährung sonstiger Informationen, die Beantwortung von Fragen und die Besichtigung von Augenscheinsobjekten verlangen. Einen derartigen Verfahrensabschnitt gibt es in Deutschland nicht. Aus deutscher Perspektive ist der erstaunlichste Aspekt dieses Mechanismus, dass er eine Partei zwingt, Informationen offenzulegen, die sie unter Umständen gar nicht offenlegen möchte, etwa weil diese nachteilig für ihre eigene Angriffs- oder Verteidigungslinie sind. Dies scheint auf den ersten Blick mit dem deutschen Dispositions- und Beibringungsgrundsatz nicht vereinbar zu sein, der die Festlegung des Streitgegenstands ebenso wie die Entscheidung darüber, welche Tatsachen in das Verfahren eingeführt werden, grundsätzlich der Herrschaft der Parteien unterstellt.

Allerdings ist die Existenz bzw. Einführung einer so genannten „allgemeinen prozessualen Aufklärungspflicht“ bzw. „allgemeinen Prozessförderungspflicht“ für den deutschen Zivilprozess immer wieder in der Literatur diskutiert,⁶ jedoch im Großen und Ganzen von der Rechtsprechung⁷ und auch von weiten Teilen der Lehre⁸ verworfen worden, indem man sich auf den angeblich im deutschen Zivilprozess geltenden Rechtssatz *nemo contra se edere tenetur* berief. Die Idee einer solchen allgemeinen prozessualen Aufklärungs-

⁵ *Matthews/Malek*, Disclosure, 2012, Rn. 1.06.

⁶ *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976; *Peters*, in: FS Schwab, 1990, S. 399; *Koller*, VersR 1990, S. 553, 558; *Paulus*, ZZP 104 (1991), S. 397 ff.; *Schlosser*, JZ 1991, S. 599 ff.; *Gottwald*, Gutachten, 61. Juristentag, 1996, A 7, A 15 ff.; *Roth*, ZZP 109 (1996), S. 271 ff.; *Weber*, ZZPInt 5 (2000), S. 59 ff.; *Katzenmeier*, JZ 2002, S. 533 ff.; *Waterstraat*, ZZP 118 (2005), S. 459 ff.

⁷ BGH v. 26.6.1958, NJW 1958, S. 1491, 1492; BGH v. 11.6.1990, NJW 1990, S. 3151; BGH v. 12.11.1991, NJW 1992, S. 1817; BGH v. 17.10.1996, NJW 1997, S. 128, 129; BGH v. 18.5.1999, NJW 1999, S. 2887; BGH v. 7.12.1999, NJW 2000, S. 1108, 1109.

⁸ *Konzen*, Rechtsverhältnisse, 1976, S. 234 ff.; ebenso noch zur Rechtslage *de lege lata* *Gottwald*, ZZP 92 (1979), S. 364 ff., der aber für eine Regelung *de lege ferenda* eintritt, vgl. *Gottwald*, Gutachten, 61. Juristentag, 1996, A 7, A 15 ff.; *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 83; *Arens*, ZZP 96 (1983), S. 1, 16 ff.; *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 1983, S. 137; *G. Lüke*, JuS 1986, S. 2, 3; *Winkler v. Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten, 1986, S. 214 f.; *Schreiber*, JR 1991, S. 413, 416; *Vorwerk*, MDR 1996, S. 870; *Messer*, in: FS 50 Jahre BGH 2000, S. 67, 78 ff.; *Stein/Jonas-Leipold*, ZPO, 2005, § 138, Rn. 25 ff., insb. Rn. 30, der in seiner Argumentation die Rechtslage *de lege lata* und *de lege ferenda* zwar nicht trennt, im Ergebnis aber keinen Änderungsbedarf sieht und meint, die deutsche Regelung sei „durchaus zeitgemäß“; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 2010, § 109, Rn. 8; *Schilken*, Zivilprozessrecht, 2010, Rn. 155; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 2012, § 138, Rn. 30; *MüKoZPO-Prütting*, 2013, § 286, Rn. 130; *Thomas/Putzo-Reichold*, ZPO, 2014, § 138, Rn. 12; *Zöllner-Vollkommer*, ZPO, 2014, Einl., Rn. 55.

pflcht besteht darin, dass in Fällen, in denen die risikobelastete Partei keinen Zugang zu den Informationen oder Beweismitteln hat, die sie benötigt, um die die Klage oder die Verteidigung begründenden Tatsachen zu substantiieren oder zu beweisen, unter Umständen zum Zwecke der Wahrheitsfindung auch die nicht darlegungs- und beweisbelastete Partei zur Sachverhaltsaufklärung mit herangezogen werden kann.⁹ In jüngerer Zeit finden sich in der Literatur zunehmend Stimmen, die eine solche prozessuale Aufklärungspflicht befürworten, allerdings in einer abgeschwächten Form.¹⁰ Ein großzügigeres Informationsbeschaffungssystem steht in dem Ruf, in einem modernen Zivilprozessrecht gerade in Zeiten knapper öffentlicher Kassen unersetzlich zu sein, weil es ein zügiges und effektives Verfahren ermögliche und unnötige Verfahren vermeide.¹¹

Auch auf europäischer Ebene gibt es zwei Initiativen, die sich für eine *disclosure*-freundliche Regelung aussprechen, so zum einen die *Storme-Kommission*¹² im Jahr 1993 und zum anderen die *ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure*¹³ aus dem Jahr 2004. Darüber hinaus beschäftigt sich das von der Europäischen Kommission am 2. April 2008 herausgegebene Weißbuch „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts“ (im Folgenden „Weißbuch“) mit der Frage, ob im Bereich der privaten Kartellrechts-Durchsetzung die Einführung einer *documentary disclosure* sinnvoll sein könnte.¹⁴ Berücksichtigt man zudem die neueren Rechtsentwicklungen in anderen europäischen *civil law*-Ländern, die in größerem Umfang als die deutsche ZPO Mitwirkungs- und Kooperationspflichten beider Prozessparteien statuieren,¹⁵ so mag man sich die Frage

⁹ Stürner, ZJP 104 (1991), S. 208.

¹⁰ Für eine umfassende prozessuale Aufklärungspflicht eintretend: Stürner, Aufklärungspflicht, 1976, *passim*; für eine demgegenüber abgeschwächte Form plädierend: Schlosser, JZ 1991, S. 599 ff.; Gottwald, Gutachten, 61. Juristentag, 1996, A 7 ff.; Katzenmeier, JZ 2002, S. 533 ff.; Waterstraat, ZJP 118 (2005), S. 459 ff.; eine Lösung auf materiellrechtlicher Ebene befürwortet Osterloh-Konrad, Informationsanspruch, 2007, S. 195 ff.; für eine Lösung auf beiden Ebenen: Beckhaus, Informationsdefizite, 2010, S. 357 ff.

¹¹ Deguchi, in: FS Leipold, 2009, S. 555, 565.

¹² Kommission für ein europäisches Zivilprozessgesetzbuch: Storme-Entwurf (Art. 4), abgedruckt in: Storme (Hrsg.), Rapprochement, 1994, S. 185 ff.; Roth, ZJP 109 (1996), S. 271, 291 betont, dass der Storme-Entwurf eine sich in Europa abzeichnende Entwicklung aufgreife, die die „Vereinzelung“ des deutschen Zivilprozessrechts verdeutliche.

¹³ Principle 16.2, abgedruckt in: (2004) 9 Unif.L.Rev., S. 758 ff.

¹⁴ Weißbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, KOM(2008) 165 endg. v. 2.4.2008.

¹⁵ Am weitesten geht insofern Österreich, das anstelle der Verhandlungsmaxime ein Kooperationsmodell praktiziert, das eine abgeschwächte Form des Untersuchungsgrundsatzes darstellt, und dem Richter in größerem Umfang eine Beweiserhebung von Amts wegen gestattet, vgl. Rassi, ZJP 121 (2008), S. 165 ff. Umgekehrt sieht die österreichische

stellen, ob es nicht vielleicht an der Zeit ist, sich in Deutschland mit der Thematik der *disclosure* auseinanderzusetzen, anstatt pauschal darauf zu verweisen, dass diese ein Instrument des *common law* sei und folglich für ein kontinentaleuropäisches Rechtssystem nicht als Anregung dienen könne.¹⁶ Anderenfalls droht der Anschluss in Europa hinsichtlich eines modernen Zivilprozessgesetzbuches ebenso verpasst zu werden, wie der internationale Anschluss.¹⁷ Denn bereits jetzt steht einem Deutschen unter bestimmten Umständen die Möglichkeit offen, im Wege der Beweishilfe vor den US-Gerichten eine *pre-trial discovery* durchzuführen – auch in Bezug auf Dokumente, die sich nicht in den USA befinden¹⁸ – und die so zu Tage geförderten Tatsachen sodann in das deutsche Erkenntnisverfahren einzuführen.¹⁹ Die Gefahr, dass auf die hierzulande so gefürchtete amerikanische *pre-trial discovery* zurückgegriffen wird, ist umso größer, je mehr sich das deutsche Recht gegen einen offenen Informationsaustausch sperrt.²⁰

Eine weitere Folge dieser Entwicklungen auf europäischer und internationaler Ebene ist die Gefahr der Entstehung eines Sonderprozessrechts für bestimmte Bereiche des materiellen Rechts, die zwar dem besonders viru-

ZPO hinsichtlich der Editionspflichten vergleichbar restriktive Regelungen wie die deutsche ZPO vor, vgl. §§ 303 ff. öZPO. Interessanter für den mit dieser Arbeit verfolgten Ansatz ist das französische Modell, das bereits 1975 mit Art. 11 Code de Procédure Civile Mitwirkungspflichten der Parteien ohne Rücksicht auf die Beweislast statuiert hat (vgl. dazu *Rouhette*, Frankreich, 2003, S. 167, 176, 190; *Schlosser*, JZ 1991, S. 599, 602; *Wagner*, ZEuP 2001, S. 441, 460 f.) Auch in den Prozessordnungen der Schweizer Kantone bestehen neben den Möglichkeiten amtswegiger Beweisaufnahme Auskunfts- und Vorlagepflichten der Parteien, die von materiellen Auskunftsansprüchen unabhängig sind (dazu *Gottwald*, Aufklärungspflicht im Rechtsvergleich, 1995, S. 21, 36 ff. sowie *Stadler*, in: FS Beys, Bd. 2, 2003, S. 1625, 1635).

¹⁶ *Stadler*, in: FS Beys, Bd. 2, 2003, S. 1625, 1627, beklagt überdies zu Recht, die Diskussion kranke an einer undifferenzierten Gleichsetzung von Ausforschungsbeweis und allgemeiner Aufklärungspflicht.

¹⁷ Diese Befürchtung äußern *Schlosser*, JZ 1991, S. 599 ff., *Wagner*, ZEuP 2001, S. 441, 465 ff. und *Greger*, BRAK-Mitt 4/2005, S. 150, 154. Auch die mit der staatlichen Zivilgerichtsbarkeit in Konkurrenz stehende Schiedsgerichtsbarkeit hat sich der Problematik der *discovery/disclosure* sehr viel offener und lösungsbereiter gestellt, s. *Wagner*, ZEuP 2001, S. 441.

¹⁸ Vgl. dazu *Kraayvanger*, RIW 2007, S. 496 f. unter Hinweis auf eine Entscheidung des US District Court for the Southern District of New York, *Re Application of Gemeinschaftspraxis Dr. med. Schottdorf*.

¹⁹ Diese Möglichkeit steht seit der *Intel*-Entscheidung des US Supreme Court aus dem Jahr 2004 jedem zu, soweit der Gegner sich in einem der amerikanischen Jurisdiktion unterliegenden Bereich aufhält, vgl. *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, U.S. 241 (2004), S. 542 ff., besprochen bei *Kraayvanger*, RIW 2007, S. 496, bei *Kraayvanger/Richter*, RIW 2007, S. 177 sowie bei *Coester-Waltjen*, in: Essays Kerameus, 2009, S. 257, 261 ff. S. dazu auch ausführlich *Boyle*, (2010) 29 C.J.Q., S. 73 ff.

²⁰ *Wagner*, ZEuP 2001, S. 441.

lenten Regelungsbedarf in einigen wenigen Rechtsgebieten, wie etwa dem Recht des geistigen Eigentums oder dem Kartellrecht, nicht zuletzt auch auf europäischen Druck hin Rechnung trägt, die sich jedoch nicht unbedingt widerspruchsfrei in das Gesamtkonzept der ZPO einfügt, was von der Europäischen Kommission durchaus in Kauf genommen wird, wie sich aus dem *Commission Staff Working Paper* zum Weißbuch ergibt:

„[The Community rules on disclosure of evidence in the IP Directive 2004/48/EG] provide useful points of reference when considering ways to improve access to evidence in competition cases. They also illustrate that in certain areas of law the presence of specific problems, such as a very asymmetric distribution of the available information [...] can require solutions that differ to some extent from the general legal regime in civil litigation.“²¹

Die vorliegende Arbeit widmet sich der Frage, ob die Anleihe einer Form von *disclosure* aus dem englischen Recht auch für das deutsche Zivilverfahren wünschenswert sein könnte, und wie eine solche Anleihe im deutschen Zivilprozess in einer Art und Weise umgesetzt werden könnte, die mit den Verfahrensgrundsätzen und Wesensmerkmalen des deutschen Zivilprozesses kompatibel ist. Sehr bewusst erfolgt die Untersuchung anhand der englischen *disclosure*, und nicht etwa anhand der amerikanischen *discovery*.²² Die Missstände der amerikanischen *discovery* sind oft, umfassend und wohl auch zu Recht beklagt worden.²³ Auch ist die Frage, ob sich Deutschland auf

²¹ Commission Staff Working Paper, Rn. 86.

²² Die Einstellung der deutschen Rechtswissenschaft gegenüber der amerikanischen *discovery* bezeichnet *Stadler* als regelrechte „discovery-Phobie“, vgl. *Stadler*, in: FS Beys, Bd. 2, 2003, S. 1625, 1627.

²³ Vgl. dazu etwa *Junker*, *Discovery*, 1987, *passim*; *Stürner*, *Justizkonflikt*, 1986, S. 3, 11 ff.; *Zekoll/Bolt*, NJW 2002, S. 3129 ff.; *Langbein*, (1985) 52 U.Chic.L.R., S. 823 ff. Die amerikanische *discovery* wird aus kontinentaleuropäischer Sicht gemeinhin auf Grund des Bestehens weit reichender Offenlegungspflichten, die weitgehend unabhängig von einer vorhergehenden Substantiierung bzw. einer Prüfung der Erheblichkeit des jeweiligen Vorbringens sind, wegen der Zulässigkeit ausforschender *fishing expeditions* sowie der fehlenden Existenz umfassender Weigerungsrechte von vornherein als Vorbild ausgeschlossen. Die in der amerikanischen *discovery* liegende Missbrauchsgefahr (auch als *nuisance value* bezeichnet) – also die Gefahr, dass die *discovery* bewusst und strategisch zum wirtschaftlichen Nachteil des Gegners eingesetzt wird – wird zum einen durch weitere Besonderheiten des amerikanischen Rechts gesteigert, wie etwa das hohe Prozesskostenrisiko (keine Kostenerstattung auch bei Prozessgewinn) sowie Erfolgshonorare für Rechtsanwälte, zum anderen durch den damit teils im Zusammenhang (Erfolgshonorar), teils im Widerspruch (keine Kostenerstattung auch bei Prozessgewinn) stehenden soziologischen Faktor eines ausgesprochen klagewilligen „Verbraucherverhaltens“. Als Beispiel für letzteres werden die Klageverhältnisse im Zusammenhang mit dem Medikament Lipobay genannt: Obgleich nur 12 Prozent der betroffenen Patienten in den USA leben, machen ihre Klagen 99,9 Prozent des Gesamtklagevolumens aus, vgl. zu alldem *Huff*, ZZZ 120 (2007), S. 491 ff. In Extremfällen sollen 35 Millionen Schriftstücke angefordert worden sein und umgekehrt

Grund der Neufassung des § 142 ZPO auf dem Weg zum amerikanischen *discovery*-Verfahren befindet, wiederholt aufgeworfen und erörtert worden²⁴ und soll hier nicht noch einmal thematisiert werden. Die vorliegende Untersuchung geht von der Prämisse aus, dass die Entwicklung amerikanischer Verhältnisse in Bezug auf ein *discovery*-Verfahren nicht nur unrealistisch, sondern auch rechtspolitisch nicht wünschenswert ist.²⁵ Sie beschäftigt sich allein mit der Fragestellung, ob der erst durch die Fortentwicklung im US-amerikanischen Recht so in Verruf geratene Ursprungsmechanismus der englischen *disclosure* in der in seinem Herkunftsland heute praktizierten Form, die mit den amerikanischen Auswüchsen wenig gemein hat, als Inspirationsquelle dienen könnte und sollte.

B. Aufbau und Struktur

Der erste Teil dieser Untersuchung gilt der Analyse der Situation *de lege lata* in England und Deutschland; nach einer Darstellung der Rahmenbedingungen (Teil I, Kapitel 1) wird die Funktionsweise der englischen *disclosure* erläutert (Teil I, Kapitel 2) und untersucht, mittels welcher Mechanismen das deutsche System das fehlende Vorhandensein einer *disclosure* zumindest teilweise ausgleicht (Teil I, Kapitel 3).

Der zweite Teil widmet sich der Frage, ob *de lege ferenda* für den deutschen Zivilprozess ein *disclosure*-ähnlicher Mechanismus entwickelt werden sollte. Dabei wird in einem ersten Schritt anhand von Fallbeispielen geprüft, ob ein Bedarf für eine *disclosure*-ähnliche Lösung in Deutschland besteht, ob also das deutsche Prozessrecht, gemessen an seinen eigenen Prinzipien und Zwecksetzungen, aber auch im Vergleich zu denen der englischen Zivilprozessrechtsordnung, zu unbefriedigenden Ergebnissen kommt (Teil II,

soll der Adressat eines *discovery*-Begehrens ganze Wagenladungen an Dokumenten geliefert haben, in der Hoffnung, die um *discovery* ersuchende Partei werde die wenigen relevanten Dokumente darin nicht entdecken, so Lorenz, ZZP 111 (1998), S. 35, 50. Das darin liegende faktische Erpressungspotential (Sichtung des Materials durch teure Rechtsanwältin und zugleich fehlende Kostenerstattung selbst im Fall des Obsiegens) wirft ein fragwürdiges Licht sowohl auf die produzierten hohen Vergleichszahlen wie auch auf diesen ursprünglich aus Gerechtigkeitsgedanken praktizierten Mechanismus als solchen. Ein weiteres Problem stellt sich insbesondere für deutsche Unternehmen, die sich im *discovery*-Verfahren mit dem Konflikt konfrontiert sehen, entweder gegen deutsche Bestimmungen des Datenschutzrechtes zu verstoßen oder aber in den USA wegen Vorhaltung von Informationen nach den Regeln des *contempt of court* verurteilt zu werden, so Lorenz, ZZP 111 (1998), S. 35, 50 sowie Heidenberger, RIW 1995, S. 705, 707, Fn. 27.

²⁴ Lüpke/Müller, NZI 2002, S. 588 ff.; Zekoll/Bolt, NJW 2002, S. 3129 ff.; Kraayvanger/Hilgard, NJ 2003, S. 572 ff.; Prütting, Informationsbeschaffung, 2003, S. 703 ff.; ders., AnwBl 2008, S. 153 ff.; Junker, Access to Documentary Evidence, 2010, S. 51 ff., 60 ff.

²⁵ Vgl. statt aller und m.w.N. Huff, ZZP 120 (2007), S. 491 ff.

Kapitel 5, 6 und 7). In einem zweiten Schritt wird untersucht, ob ein *disclosure*-ähnlicher Mechanismus mit dem Grundsatz der Parteiherrschaft vereinbar wäre (Teil II, Kapitel 8).

Nachdem diese Fragen im zweiten Teil bejaht worden sind und ein Bedarf für eine der *disclosure* vergleichbare Lösung im deutschen Recht ausgemacht worden ist (Teil II, Kapitel 9), geht es im dritten Teil im Rahmen eines Ausblicks um die Problematik, ob eine Übertragung aus dem englischen Zivilprozessrecht möglich ist, welchen Schwierigkeiten dabei begegnet und auf welche Besonderheiten Rücksicht genommen werden muss (Teil III, Kapitel 10). Dabei werden am Beispiel Japans auch die Erfahrungen einer Mischrechtsordnung ausgewertet, die eine Art von *discovery*-Instrumentarium in eine ansonsten kontinental geprägte Rechtsordnung eingeführt hat. Nach der Erörterung möglicher Umsetzungsmodelle (Teil III, Kapitel 11) wird ein eigener Lösungsvorschlag entwickelt (Teil III, Kapitel 12).

Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung der wichtigsten Thesen (Teil IV).

C. Methode

Ausgangspunkt der Analyse ist die Herausarbeitung der Funktion der *disclosure*. Dies ist erforderlich und wichtig, weil „Unvergleichbares nicht sinnvoll verglichen werden kann und weil das Einzige, was in der Rechtswissenschaft vergleichbar ist, dasjenige ist, das die gleiche Funktion erfüllt“.²⁶ Zur Ermittlung der Funktion ist dabei so weit wie möglich von der eigenen Terminologie, Struktur und Denkungsweise abzuweichen, um sicherzustellen, dass die Grenzen weder zu eng noch zu weit gezogen werden.²⁷

Was also ist die Funktion der *disclosure*? Die *disclosure* gibt den Parteien Einblick in alle für den Rechtsstreit wesentlichen Informationen und Unterlagen der anderen Seite. Die Beteiligten sollen so Zugang zu allen notwendigen Beweismitteln erlangen, die sie für ihren Vortrag benötigen, unabhängig davon, ob sich die Beweismittel in ihren eigenen Händen oder in denen des Gegners befinden. Gleichzeitig sollen die Parteien damit über zusätzliche Mittel verfügen, um den Sachvortrag der Gegenseite zu erschüttern und zu entkräften.²⁸ Die *disclosure* soll also dabei helfen, ein etwaiges Informationsgefälle zwischen den Parteien auszugleichen, und dadurch zur Förderung der Waffengleichheit zwischen den Parteien und zur Wahrheitsfindung beitragen.²⁹ Ein Begründungsmodell dafür, warum ein solcher

²⁶ Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 1996, S. 34.

²⁷ Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 1996, S. 34 f.

²⁸ Matthews/Malek, Disclosure, 2012, Rn. 1.02; Andrews, Civil Processes, 2013, Rn. 4.16.

²⁹ Zuckerman, Civil Procedure, 2013, Rn. 15.2.

Mechanismus wünschenswert sein kann, liefert *Paulus*, allerdings im Hinblick auf die US-amerikanische *discovery*. Diese zielt auf die weitestgehende Beseitigung der Divergenz zwischen „Recht haben“ und „Recht bekommen“. Ein Staat, der einerseits Rechte einräume, andererseits aber das Monopol für die Durchsetzung eben dieser Rechte für sich in Anspruch nehme und so diese Divergenz verursache, müsse auch die Mittel zur Verfügung stellen, die für den Gleichlauf beider Seiten erforderlich sind.³⁰ Diese Überlegung ist nicht durch Spezifika des US-amerikanischen Rechts begründet, sondern wäre grundsätzlich auch auf das englische und deutsche Recht übertragbar, da auch in diesen Rechtsordnungen das Monopol der Rechtsdurchsetzung grundsätzlich beim Staat liegt und der Einzelne sich dem Konflikt der fehlenden Kongruenz von „Recht haben“ und „Recht bekommen“ ausgesetzt sieht.

Begrüßenswerter Nebeneffekt der *disclosure* ist, dass sie Kläger und Beklagtem erlaubt, die Stärken und Schwächen des jeweiligen Sachvortrags früh zu erkennen.³¹ Die so ermöglichte realistischere Prognose der Erfolgsaussichten der Klage oder der Verteidigung erhöht wiederum die Chancen außergerichtlicher Streitbeilegung durch Vergleich oder auf anderem Wege.³² Denn wenn bereits die Tatsachen umfassend auf dem Tisch liegen, sind die Parteien in der Regel eher bereit, sich auf einen frühen Vergleich einzulassen, als wenn die Tatsachenlage noch unklar ist und jede Partei hofft, dass sich im Rahmen der Beweiserhebung ihr jeweiliger Tatsachenvortrag bestätigen werde.

Das *disclosure*-Verfahren hat daher zwei grundlegende Funktionen:

- (1) Eine Partei soll nicht dadurch benachteiligt werden, dass sie nicht über Informationen verfügt, die sie benötigt, um ihren Fall zu substantiieren und zu beweisen. „Wahre Gerechtigkeit“ soll dadurch erreicht werden, dass zwischen den Parteien ein Zustand der Waffengleichheit hergestellt wird (Gerechtigkeitsfunktion).³³
- (2) Die *disclosure* soll frühen und umfassenden Informationsaustausch zwischen den Parteien bewirken – mit dem Ziel der Verfahrensbeschleunigung, der Kostenersparnis sowie der Förderung früher Streitbeilegung durch Vergleich auf der Basis von möglichst umfassender Information anstelle von bloßer Spekulation (Effizienzfunktion).³⁴

³⁰ *Paulus*, ZZP 104 (1991), S. 397, 401.

³¹ *Paulus*, ZZP 104 (1991), S. 397, 401.

³² *Zuckerman*, Civil Procedure, 2013, Rn. 15.2.

³³ *Naylor v. Preston Area Health Authority* [1987] 1 W.L.R. 958, 967, *Davies v. Eli Lilly & Co* [1987] 1 W.L.R. 428, 431, *Black & Decker Inc v. Flymo Ltd* [1991] 1 W.L.R. 753.

³⁴ *Matthews/Malek*, Disclosure, 2012, Rn. 1.02. Diese zweite Funktion übersieht *Kischel*, ZVglRWiss 104 (2005), S. 10, 16 f.

Die vorliegende Arbeit widmet sich dem Vergleich der englischen *disclosure* und des deutschen funktionalen Äquivalents anhand der Gerechtigkeitsfunktion, da insofern das hier interessierende Spannungsfeld zwischen Parteiherrschaft und Wahrheitsermittlung zu Tage tritt. Ob durch ein *disclosure*-Verfahren tatsächlich eine Effizienzsteigerung eintritt, wäre in erster Linie im Rahmen einer empirischen Untersuchung zu klären, die ein eigenes Thema darstellt. Auf die Effizienzfunktion wird daher nur zur Abrundung des Bildes im Rahmen eines Exkurses eingegangen.

In die funktionale Untersuchung soll aber auch die Zwitterstellung der *disclosure* einfließen: Sie ist einerseits ein zivilprozessuales Verfahrensstadium und verbietet andererseits einen prozessualen Informationsanspruch. Bei der Suche nach funktionalen Äquivalenten ist dabei insbesondere von Verfahrensstadien, aber auch von Informationszugangsmöglichkeiten auszugehen, die eine vergleichbare Funktion erfüllen.

Die Frage nach der Funktion wird für die gesamte Untersuchung von Bedeutung sein. Sowohl das englische als auch das deutsche Konzept zur Erfüllung der soeben beschriebenen Gerechtigkeitsfunktion werden anhand des folgenden Fragenkatalogs, der sich wiederum nach Funktionen untergliedert, untersucht:

- (1) Wie funktionieren die *disclosure* und ihr deutsches Gegenstück?
- (2) Gibt es Zugang zur Information vor Klageerhebung?
- (3) Inwiefern können Parteien und Dritte Zugang zu Informationen verweigern, wenn sie ein schutzwürdiges Interesse an deren Geheimhaltung haben, und welche sonstigen Grenzen bestehen?
- (4) Welche Sanktionen bestehen, um den jeweiligen Zugang zur Information durchzusetzen?
- (5) Welche Kosten entstehen?

D. Herausforderungen und Probleme im Umgang mit der Themenstellung

Welche besonderen Herausforderungen stellen sich nun bei einer rechtsvergleichenden Studie im Zivilprozessrecht im Allgemeinen und für den länderspezifischen Prozessvergleich zwischen England und Deutschland im Besonderen? Und welche konkreten Schlüsse ergeben sich daraus für die Vorgehensweise dieser Arbeit?

I. Allgemeine Herausforderungen der Zivilprozessrechtsvergleichung

Eine rechtsvergleichende Studie im Prozessrecht ist in dreierlei Hinsicht mit besonderen Schwierigkeiten konfrontiert, die sich bei einer rechtsvergleichenden Untersuchung im materiellen Recht nicht stellen.³⁵

Eine erste Problematik ergibt sich daraus, dass im vergleichenden Prozessrecht sehr wenig Grundlagenforschung³⁶ betrieben worden ist. Anders als in der materiellen Rechtsvergleichung gibt es hier nur wenige Standardwerke, auf die in der Darstellung zurückgegriffen werden kann.³⁷

Eine zweite Besonderheit ist darin zu sehen, dass das Prozessrecht schon kraft seiner Natur dasjenige Recht ist, das die Verfahrensausgestaltung und die Rechte und Pflichten der Beteiligten sowie Dritter vor Gericht regelt. Der wünschenswerte Versuch, über das *law in the books* hinauszugehen und das *law in action* zu ermitteln, ist daher zwar einerseits noch wichtiger als im materiellen Recht, weil das Prozessrecht ja gerade das *law in action* selbst zum unmittelbaren Regelungsgegenstand hat; auf der anderen Seite ist das *law in action* in einer prozessrechtsvergleichenden Themenstellung besonders schwer zu erfassen, weil auch das praktische und alltägliche Leben im ausländischen Gerichtssaal für den Rechtsvergleicher nur schwer greifbar ist. Diese rechtssoziologische Besonderheit haben auch *Stürner/Stadler* vor Augen, wenn sie vom „Zivilprozess als situativer Erfahrung“ sprechen.³⁸ Dies ist eine Problematik, der vollständig begegnen zu können, die vorliegende Untersuchung nicht für sich in Anspruch nehmen kann und will. Sie ist sich aber bei der Abhandlung dieser Besonderheit bewusst und weist an den relevanten Stellen darauf hin, dass sich hier im Gerichtsalltag im Einzelfall auch Abweichungen ergeben können. In Teil III, Kapitel 10 werden die Besonderheiten beider Rechtsordnungen beleuchtet, anhand derer derartige Wechselwirkungen zwischen Rechtsordnung und sozialer Wirklichkeit besser zu prognostizieren sind.

Eine dritte Besonderheit besteht darin, dass das Zivilprozessrecht eine Zwitterstellung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht innehat.³⁹ Es ist von seiner Zielsetzung her auf die Durchsetzung materiellen Privatrechts

³⁵ Gilles, Prozessrechtsvergleichung, 1996, S. 129.

³⁶ Nach dem Weltkongress der *International Association of Procedural Law* im sizilianischen Taormina im Jahr 1995 war man überwiegend der Meinung, dass es im Bereich der zivilprozessualen Rechtsvergleichung fast keine theoretischen Grundlagen gebe, siehe *Stürner/Stadler*, Prozeßrechtsvergleichung, 1995, S. 263, 282.

³⁷ Zu nennen sind aber insbesondere: *Cappelletti* (Hrsg.), *Civil procedure*, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Bd. 16, Stand 2014, und die Publikationen anlässlich der von der *International Association of Procedural Law* veranstalteten 13 Weltkongresse für Prozessrecht sowie zahlreicher weiterer rechtsvergleichender Symposien zum Zivilprozessrecht.

³⁸ So *Stürner/Stadler*, Prozeßrechtsvergleichung, 1995, S. 263, 281 ff.

³⁹ *Stürner/Stadler*, Prozeßrechtsvergleichung, 1995, S. 263, 276.

gerichtet und damit auf die Verwirklichung der Rechtspositionen von Bürgern gegenüber Bürgern, die einander im Wesentlichen auf gleichgeordneter Ebene begegnen. Dennoch gehören seine Regelungen dem öffentlichen Recht an,⁴⁰ weil sie dem Bürger die Möglichkeit eigenhändiger Rechtsdurchsetzung nehmen, indem sie ihm zur Realisierung seiner Ansprüche allein das staatliche Gericht zur Seite stellen, das durch seinen Richter staatliche Gewalt ausübt. Das im Wesentlichen auf freier Willensentschließung beruhende Privatrecht wird insofern durch die besondere Problematik des Verhältnisses Staat – Bürger überlagert, so dass in sehr viel stärkerem Maße als im materiellen Privatrecht verfassungsrechtliche Fragestellungen an Einfluss gewinnen. Letztere wiederum erklären sich nicht zuletzt aus den jeweiligen kulturellen und historischen Gegebenheiten. Die zu vergleichenden Verfahrensrechte sollten daher auch in ihrem verfassungsrechtlichen, historischen und kulturellen Kontext ausgewertet werden, um ein möglichst umfassendes Bild zu erhalten.⁴¹ Dieser Besonderheit wird in Teil II, Kapitel 7 Rechnung getragen. Dort wird die Frage des Informationszugangs im jeweiligen verfassungsrechtlichen Kontext der beiden Länder gewürdigt.⁴² Ferner werden in Teil I, Kapitel 1 und Teil III, Kapitel 10 die jeweiligen historischen und rechtskulturellen Besonderheiten einbezogen.

II. Besondere Herausforderungen der englisch-deutschen Prozessrechtsvergleichung

Ferner wird die Prozessrechtsvergleichung durch einige Besonderheiten erschwert, die speziell in den Ländern England und Deutschland im jeweiligen Umgang mit dem Zivilprozessrecht bestehen.⁴³

In England, „für welches das Prozessrecht zunächst nichts anderes war, als Zweckmäßigekeitsregeln, erdacht und angewandt durch den Richter“,⁴⁴ ist das Zivilprozessrecht traditionell als praktischer und nicht als akademischer Bereich betrachtet worden. Sehr treffend beklagte *Birks*:

„[The ivory tower mentality] is glad to have been relieved by history of the need to expel from the universities the study of the dirty machinery of litigation. [...] The worst it has so far done is to perpetuate the pernicious distinction between the so-called academic phase of

⁴⁰ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 2010, § 2, Rn. 7.

⁴¹ Vgl. *Stürner/Stadler*, Prozeßrechtsvergleichung, 1995, S. 263, 275 ff.

⁴² Unter der Fragestellung des Rechts auf Beweis sowie des Grundsatzes der prozessualen Waffengleichheit.

⁴³ Im Jahr 2009 wurde eine gemeinsame rechtsvergleichende Konferenz der Wissenschaftlichen Vereinigung für internationales Verfahrensrecht e.V. und der Faculty of Law der Oxford University zum Thema „Litigation in England and Germany. Legal professional services, key features and funding“ abgehalten, vgl. hierzu den gleichnamigen Tagungsband von *Gottwald* (Hrsg.), *Litigation in England and Germany*, 2010.

⁴⁴ So *Habscheid*, in: FS Baumgärtel, 1990, S. 105, 106.

legal education and the vocational phase. The word ‚academic‘ stands for taking things seriously, getting to the bottom of them and finding out the truth. The vocational stage is in desperate need of academic attention.“ [...] „The result is that in the area of practise and procedure, especially civil procedure, the library is almost dead.“⁴⁵

Auch *Jolowicz* konstatiert, dass diese Vernachlässigung von „academic or scientific study of procedure“⁴⁶ häufig Missverständnisse zur Folge habe. Erst in den vergangenen 20 Jahren hat sich in England allmählich eine Prozessrechtswissenschaft entwickelt, wie insbesondere die Arbeiten von *Jacob*,⁴⁷ *Andrews*,⁴⁸ *Zuckerman*⁴⁹ und *Jolowicz*⁵⁰ zeigen,⁵¹ so dass *Jolowicz* nunmehr schreibt: „the scholarly study of civil procedure in England is at best in early adulthood“. ⁵² Dies wird besonders deutlich, wenn man in der englischen Literatur versucht, Konzepten wie denen des *adversarial principle* oder des *search for truth* sowie der *disclosure* nachzugehen. Während in der deutschen Rechtswissenschaft eine intensive Auseinandersetzung mit Themenkomplexen wie dem Prozesszweck, der Wahrheitsfindung und der Parteiherrschaft stattgefunden hat, gibt es in England wenig wissenschaftlichen Diskurs zu diesen Fragestellungen. Am ehesten wird man noch in den oft sehr weit ausholenden englischen Urteilen oder in den oben zitierten Werken fündig. Eine Aufarbeitung in wissenschaftlichen Artikeln fehlt jedoch nahezu vollständig.

Für die vorliegende Untersuchung wird diese Problematik dadurch verstärkt, dass das Prozessrecht in vergleichender Perspektive in England traditionell erst recht kaum akademische Bedeutung erlangt hat. Insbesondere die Lösungsmodelle der *civil law*-Länder wurden oft von vornherein ohne eingehende Auseinandersetzung als „un-English“ oder „not workable in England“ bezeichnet, weil sie weder über eine *jury*, noch über ein *trial*, noch über die „vitaly important practice of cross-examination“ verfügen.⁵³

Was die wissenschaftliche Durchdringung angeht, stellt sich die Situation in Deutschland eher umgekehrt dar. Das *law in the books* stand traditionell sehr im Zentrum der wissenschaftlichen Bemühungen, im Bereich des materiellen Rechts wie auch im Prozessrecht. Dies wird nicht zuletzt in der verhältnismäßig langen Tradition der Kodifikationen, auf die Deutschland

⁴⁵ *Birks*, (1998) 18 L.S., S. 397, 405 f., 410.

⁴⁶ *Jolowicz*, Nationalbericht England zur Weltkonferenz für Prozeßrecht in Taormina, Sizilien, 1995, zitiert nach *Gilles*, Prozeßrechtsvergleichung, 1996, S. 80 f.

⁴⁷ *Jacob*, *Fabric*, 1987.

⁴⁸ *Andrews*, *Principles*, 1994; *ders.*, *Civil Procedure*, 2003; *ders.*, *Civil Processes*, 2013.

⁴⁹ *Zuckerman*, *Justice in Crisis*, 1999, S. 1–52; *ders.*, *Civil Procedure*, 2013, *passim*.

⁵⁰ *Jolowicz*, *Civil procedure*, 2000.

⁵¹ So auch *M. Stürner*, *ZVglRWiss* 103 (2004), S. 349, 354.

⁵² *Jolowicz*, *Comparison*, 2002, S. 721.

⁵³ *Jolowicz*, Nationalbericht England zur Weltkonferenz für Prozeßrecht in Taormina, Sizilien, 1995, zitiert nach *Gilles*, Prozeßrechtsvergleichung, 1996, S. 80 f.

zurückblicken kann, deutlich, wohingegen in England stets das *case law* vorherrschte und erst in der jüngeren Vergangenheit Gesetzestexte entstanden, die aber selten derart umfassend und erschöpfend eine Materie regeln, dass man sie als Kodifikationen einordnen könnte.

In der traditionellen Rechtsvergleichung wird gerne das Bild des deutschen Wissenschaftlers und Praktikers bemüht, der sich lieber auf zugrunde liegende Theorien als auf die praktischen Realitäten stützt. Dies hat *Couture*, der sich seinerseits auf *Keyserling* bezog, ironisch angemerkt:

„If you put a German in front of two doors, one bearing a notice ‚Entrance to Heaven‘, the other ‚Entrance to a Course of Lecture on Heaven‘, he will choose the latter. Much of the material of the German school, in the field of procedure, belongs to ‚the course of lectures‘ and not to legal reality.“⁵⁴

Ob es tatsächlich berechtigt ist, der deutschen Prozessrechtswissenschaft einen theoretischen und der englischen einen praktischen Ansatz zuzuschreiben, und ob diese Einschätzung nicht vielmehr auf rechtsvergleichenden Vorurteilen beruht, mag an dieser Stelle dahingestellt sein. In jedem Fall bemüht sich die vorliegende Untersuchung,

- (1) praktische Erwägungen möglichst mit einzubeziehen, indem sie sich dem Thema anhand von Fallbeispielen nähert (Teil II, Kapitel 6) und
- (2) die englische Rechtslage trotz der nur spärlich vorhandenen theoretischen Aufarbeitung der zu Grunde liegenden Prinzipien auch auf die die *dis-closure* prägenden theoretischen Konzepte hin zu untersuchen (Teil II, Kapitel 7 und 8).

E. Begrenzung der Themenstellung

Weitestgehend ausgeklammert werden sollen die Möglichkeiten der Heranziehung Dritter zur Sachverhaltsaufklärung. Sie stellen ein komplexes Thema für sich dar und sind unter dem dieser Untersuchung zugrunde liegenden Blickwinkel auf das „Spannungsfeld zwischen Parteiherrschaft und Wahrheitsermittlung“ allenfalls am Rande von Interesse, da sie anders als die Vorlagepflichten der Parteien den Grundsatz der Parteiherrschaft nicht berühren.

Nur überblicksartig behandelt werden soll ferner die Frage des Informationszugangs im Bereich des Rechts des geistigen Eigentums. Hier ist schon früh erkannt worden, dass die allgemeinen Regeln den Anforderungen zum Schutz gegen Produktpiraterie nicht gerecht werden. Aus diesem Grund hat sich die Rechtsprechung weitestgehend zu einer Sonderdogmatik selbstständig. Ziel der vorliegenden Arbeit ist es aber, eine allgemeine zivilprozessuale Lösung aus den allgemeinen Grundsätzen und Erfahrungen zu

⁵⁴ *Couture*, (1950) 25 Tul.L.R., S. 1, 4.

gewinnen, um so das Entstehen von Sonderprozessrecht für einzelne materielle Rechtsgebiete gerade zu verhindern. Methodisch soll daher nicht aus einem Sonderbereich heraus eine allgemeine Regelung entwickelt werden. Als Beispiel für eine mögliche Lösung mag das Recht des geistigen Eigentums indes dienen, insbesondere auch um einen umfassenden Überblick über die Situation in Deutschland *de lege lata* zu erhalten.

Nicht behandelt werden ferner die Möglichkeiten der vorprozessualen Beweissicherung im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes, die ebenfalls ein eigenes Thema für sich darstellen.